

A. I. Nº - 232903.0112/12-3
AUTUADO - VIEIRA & MALTA LTDA.
AUTUANTE - CARLOS EDUARDO PAMPONET DANTAS
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 25. 09. 2013

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0204-01/13

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES RECOLHIDOS E OS LANÇAMENTOS NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** FALTA DE EXIBIÇÃO, AO FISCO, DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO CRÉDITO FISCAL. Infração reconhecida. **b)** FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Infração reconhecida. **c)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Autuação elidida parcialmente pelo autuado. Infração parcialmente subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração reconhecida. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração reconhecida. 5. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Infração caracterizada parcialmente. Autuante acatou corretamente a alegação defensiva, excluindo da exigência fiscal mercadoria tributada com redução da base de cálculo. Rejeitadas as preliminares de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 11/12/2012, exige crédito tributário no valor de R\$ 59.569,30, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro de Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro a dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$12.979, 07, acrescido da multa de 60%;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de maio a julho, outubro a dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.395,09, acrescido da multa de 60%;
3. Recolheu a menos ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas a comercialização, nos meses de janeiro a dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.562,60, acrescido da multa de 60%;
4. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, junho a agosto, outubro e dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 891,58, acrescido da multa de 60%;

5. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, nos meses de janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$615,54, acrescido da multa de 60%;

6. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto e/ou Antecipação/Substituição Tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.914,85, acrescido da multa de 60%;

7. Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de março a dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.101,15, acrescido da multa de 60%;

8. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$39.109,42, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 273 a 310) consignando, inicialmente, que reconhece como devidas as infrações 01 em parte, 02, 03, 04, 05, 06 em parte, 07 e 08 em parte, inclusive informando que promoverá o parcelamento dos valores reconhecidos.

Quanto às infrações impugnadas, diz que não concorda com os termos da autuação formalizada ao argumento de que “recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Nas operações com ECF e saídas com nota fiscal, conforme Demonstrativo e documentos (Anexo VIII)”.

Argui, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração por violação aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, bem como pela aplicação do art. 39 do RPAF/99.

Alega que além dos princípios constitucionais orientadores da atuação da Administração Pública, o autuante também deveria ter observado as disposições da Lei Estadual nº 7.014/96 e do RICMS-BA (Decreto 6.284/97), as quais dispõem, especificamente, sobre o ICMS, e, o Decreto 7.629/99. Reproduz o art. 939 do RICMS/97, assim como, o art. 39 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Invoca, ainda, o art. 142 do Código Tributário Nacional, bem como lição de Rui Barbosa Nogueira para fundamentar a sua argumentação.

Diz que deste contexto normativo, então, sobressai, como norte da autuação administrativa, a necessidade de observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados, bem como a adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito a tais direitos, não se podendo olvidar que a interpretação da norma administrativa deve ocorrer da forma que melhor garanta o atendimento do fim público, sendo certo que o fim público deve prestigiar o absoluto respeito aos direitos dos administrados.

Aduz que diante deste cenário, a autuação deve conter a descrição dos fatos que justifiquem o lançamento, fatos estes que podem vir a ser discutidos dentro do mérito, possibilitando o pleno exercício do direito de defesa.

Aduz que nesse sentido, conclui-se que é imprescindível a apresentação detalhada dos motivos que levaram a Fiscalização a efetuar a autuação, pois sem a apresentação dos mesmos estará ocorrendo um esvaziamento das possibilidades de defesa do autuado.

Frisa que não obstante, é necessário que haja o adequado enquadramento dos fatos narrados à norma apontada como violada, ou seja, a tipificação da conduta do autuado como fato jurídico que justifique a autuação. Acrescenta que, além disso, a descrição dos fatos alegados deve estar concatenada com as provas produzidas, se fixando aí o ônus da prova, conforme traduzido por Caio Mário da Silva Pereira, cujo texto reproduz.

Diz que de pronto tais exigências visam assegurar a ampla defesa, princípio constitucional albergado no artigo 5º, inciso LV, da CF/88, que deve ser considerado juntamente com as garantias do contraditório e do devido processo legal.

Assinala que desse modo, caso não sejam observados estes requisitos, se estará diante de ato administrativo ilegal e inconstitucional, sendo o que se verifica, de pronto, no caso vertente.

Observa que o Auto de Infração deveria descrever o modo pelo qual o autuante comprovou tal fato e, inclusive, quem teria sido o remetente (ou os remetentes) de tais mercadorias, sem prejuízo, até mesmo, da indicação de quando tais remessas teriam acontecido e do valor de cada operação, uma vez que estas informações tornariam irrefutáveis o tal fato alegado.

Afirma que estes fatos não constam do Auto de Infração, e, portanto, não constam do processo de fiscalização que ensejou a sua lavratura, o que inviabiliza a perfeita caracterização do ato infracional e torna impossível exercer o seu direito constitucional à ampla defesa.

Diz que deste contexto, cabem os seguintes questionamentos, os quais o Auto de Infração não é capaz de responder: *Afinal, TODAS as mercadorias teriam sido classificadas de modo errado? A(s) remetente(s) destas mercadorias teria(m) recolhido o ICMS ST via GNRE? Quais teriam sido os CFOP's de cada circulação?*

Salienta que se percebe, portanto, que estes elementos são essenciais à determinação da natureza da infração, sem prejuízo de qualquer outro debate jurídico acerca desta. Acrescenta que desta feita, uma vez que a autuação não indica tais elementos, não tem meios de impugnar objetiva e pontualmente a autuação e nem mesmo de fazer as provas cabíveis. Diz que desse modo, como não ocorreu a exposição objetiva e individualizada das operações que constituíram, em tese, os fatos geradores do lançamento em questão, a única conclusão a que se pode chegar é de que a sua responsabilização e sua consequente autuação, revela-se absolutamente despropositada, carecendo de sustentação fática e, por conseguinte, jurídica, inclusive com a inobservância dos princípios constitucionais supra citados.

Menciona que o entendimento defendido, há tempos, já está assentado em decisões da própria Administração, inclusive na área tributária, conforme apresenta. Invoca e reproduz os artigos 39 e 47 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para afirmar que estas normas decretam a nulidade da autuação se a omissão for de elementos essenciais para a determinação da natureza da infração e do infrator, ou seja, trazem como causa de nulidade do Auto de Infração o ato praticado com preterição de defesa.

Assevera que se está diante de nulidade absoluta do Auto de Infração, pois a descrição fática e a respectiva fundamentação jurídica não estão em consonância com os elementos probatórios produzidos, não havendo, assim, possibilidade de saneamento, em face da relevância da proteção do direito de defesa. Ou seja, nos termos em que foi perpetrada, dada a acusação genérica de que o ICMS ST não teria sido recolhido em todas as mercadorias recebidas, omitindo, portanto, informações essenciais, além de violar o direito de ampla defesa, demonstra que o autuante infringiu o ordenamento jurídico e atraiu para o seu libelo a pecha da nulidade absoluta. Salienta que a jurisprudência administrativa, assim como o Poder Judiciário caminham neste exato sentido, conforme transcrições que apresenta de diversas decisões.

Conclui dizendo que espera que seja reconhecida, preliminarmente, a nulidade absoluta do Auto de Infração, por cerceamento do direito de ampla defesa e devido processo legal e por ausência de elementos essenciais à caracterização da infração nele referida.

Prosseguindo, no que denomina de mérito, diz que a Constituição Federal, no seu art. 5º, II, estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (exteriorização do princípio da legalidade, na sua forma *strictu sensu*), e, no art. 150, I, estabelece que sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal, exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça

(exteriorização do princípio da legalidade tributária). Como se vê, o Sistema Jurídico Brasileiro é ainda mais rigoroso na matéria tributária, pois vige o princípio da *estrita legalidade tributária*, pelo qual se entende lei em seu sentido estrito. Registra que conforme afirma CARRAZZA, o princípio da *legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação*.

Observa que, no presente caso, a acusação fiscal diz que teria praticado o tipo infracional descrito nos arts. 50 e 51, do RICMS, estando jungido às regras constantes do art. 124, inciso I, do mesmo RICMS-BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, cuja redação reproduz. Invoca e transcreve lições de Alberto Xavier, Luciano Amaro, Sacha Calmon, Sabbag, como reforço aos seus argumentos atinentes ao princípio da legalidade e da tipicidade.

Argumenta que o tipo infracional em pauta se restringe a exigir ao cumprimento de prazos de recolhimento do ICMS previstos, objetivamente, mas se omite quanto à definição do sujeito passivo, ou seja, aquele que está obrigado a cumprir os tais prazos.

Registra que a infração se refere a suposto erro na aplicação na alíquota de ICMS, sendo certo que os produtos apontados na autuação são oriundos de substituição tributária, cujo responsável há de ser definido em norma legal, “*stricto sensu*”.

Destaca, ainda, que diversas “mercadorias são isentas” do recolhimento do ICMS em virtude de se tratar de produtos agropecuários, conforme previsto no art. 14, do RICMS/BA, cujo texto transcreve.

Assevera que aí se reforça a nulidade da autuação, pois não explicita o “sujeito passivo”.

Diz que a Carta Magna, prevendo o regime de substituição tributária atribuiu competência à lei complementar para regular esse regime, conforme o art. 155, § 2º, XII, b. O Código Tributário Nacional, quando trata das normas gerais de direito tributário, dispõe acerca da responsabilidade tributária, nos termos do art. 128, cuja redação reproduz.

Sustenta que não pode prosperar a tese do autuante de que foi recolhido ICMS a menos por erro de alíquota. Primeiro por não ser o responsável pelo recolhimento. Segundo por ter sido o valor recolhido corretamente. Observa que o autuante utilizou um “pacotão” e colocou diversos produtos em “sua lista”, até mesmo produtos com isenção fiscal.

Questiona como se aferir a legalidade da exigência fiscal se o autuante fez uma confusão com todos os produtos igualando todas as alíquotas, não observando a ST?

Assevera que, no presente caso, resta evidente que a Administração Pública não pautou sua atuação no princípio da legalidade, sobretudo diante da constatação de que a autuação fiscal fez uma verdadeira bagunça, determinando uma alíquota fixa para todos os produtos, deixando de lado os produtos isentos ou com redução da base de cálculo e principalmente os que são abraçados pelo regime de substituição tributária, por consequência, a sujeição passiva lhe atribuída.

Continuando, diz que na infração 08, vê-se que um dos produtos comercializados, no caso, o filé de bacalhau tem sua base de cálculo reduzida em 100%, mas mesmo assim entrou na lista “negra” do autuante. Reproduz o art. 87, XXVI, do RICMS/BA/97.

Frisa que nesse ponto, afigura-se necessário esclarecer que o entendimento da DITRI/GECOT é de que não se configuram como produtos industrializados os pescados lavados, eviscerados, cortados em postas ou filés, simplesmente refrigerados ou congelados, ou apresentados em acondicionamentos rudimentares, que compreendem as embalagens destinadas simplesmente a proteger o produto através da utilização de um invólucro, de um recipiente ou de qualquer outro material adequado para transportá-lo, não caracterizado como embalagem de apresentação que contenha a marca do produto.

Conclui do exposto que as saídas internas do bacalhau não industrializado e não destinados à industrialização serão alcançadas pela redução da base de cálculo de que trata o RICMSBA/97, no art. 87, inciso XXXVI.

Diz que se verifica pela nota fiscal que anexa que o autuante incorreu em erro quando da autuação imputando produtos distintos sem observação da diferença entre “filé de bacalhau” e o “bacalhau salgado”.

Menciona que na mesma lógica está o “queijo cozido” que, conforme o anexo do Auto de Infração, o autuante traz de forma clara se tratar de produto artesanal, conforme observa na nota fiscal que anexou.

Diz que no tocante aos “salgados” este é claro no anexo do RICMS como produto de substituição tributária conforme o item 38 em anexo.

Quanto ao produto “Pizza SuperPão Sabores”, afirma que não há que se falar em incidência do imposto sobre a circulação de produtos, haja vista que não adquiriu, mas somente realizou a produção, como o dito “produção própria”.

Assevera que na mesma condição de fabricação própria impugna a autuação do produto “Farofas Superpão”.

Alega que os produtos listados como “MATA BICHEIRA FORT DODGE 500ML e LARVICIDA LEPECID SPRAY”, gozam de isenção por tratar-se de produto de uso veterinário, não podendo o produto ter destinação diversa, estando nas gôndolas do estabelecimento para revenda, logo amparado pela isenção prevista no art. 20, I, do RICMS/BA/97.

Apresenta listagem de todos os itens objeto da autuação sujeitos ao regime de substituição tributária nos termos do Anexo I do RICMS, no caso, Iogurtes item 21; Biscoitos item 33; Pastelão Massa Leve (massa de pastel sem recheio) item 33; Pizza Nona Brotinho 10 Unid. 350g (massa para pizza sem recheio) item 33.

Quanto ao produto “CANJIQUINHA DE MILHO”, diz que a situação tributável é de redução da base de cálculo do ICMS creditado em no máximo de 7%, por tratar-se de produto derivado de milho, estando isento apenas fubá de milho e farinha de milho, nos termos do art. 265, cuja redação transcreve.

No que tange à infração 06, afirma que o autuante pretende impor irregularidade pela a utilização indevida de crédito fiscal referente ao produto milho comum, contudo, este produto não está isento da tributação do ICMS, sendo plenamente cabível a utilização do crédito.

No que concerne à infração 01, consigna que a conduta tipificada pelo autuante não deve prosperar tendo em vista a sua boa-fé, pois já vinha cumprindo com a obrigação de recolhimento do tributo conforme faz prova cópia dos DAEs que anexa.

Conclui requerendo a insubsistência do Auto de Infração.

Frisa que se admitindo meramente por amor ao debate, que seja mantido o entendimento administrativo quanto à infração tributária, cumpre assentar, nesse passo, que no Direito Tributário Positivo, a partir de uma interpretação literal e isolada do artigo 136 do CTN, no que tange à aplicação da penalidade, vigora, em tese, uma *responsabilidade objetiva*. Reproduz o teor do referido art.136 do CTN.

Assinala que a jurisprudência, em casos como o presente, qual seja, completa inexistência de intenção de fraudar, têm suavizado a rigidez literária do mencionado dispositivo, uma vez que concretizaram entendimento no sentido de que uma vez o contribuinte agindo de boa-fé e não trazendo embaraços, muito menos danos, à Administração Tributária, merece ser beneficiado com o afastamento da sanção pecuniária. Aduz que Luciano Amaro traça brilhante lição neste sentido ao comentar a regra do art. 136 do CTN, conforme transcrição que apresenta. Acrescenta que trilha esta mesma senda Hugo de Brito Machado ao estudar a questão. Diz que não é outro o entendimento da jurisprudência, conforme julgado do STJ sobre o assunto que apresenta. Registra que no voto condutor, o Relator Min. Teori Albino Zavascki, para fundamentar o seu voto, transcreve brilhante

exemplo dado por Sacha Calmon Navarro Coêlho, que possui os mesmos contornos da presente lide.

Afirma que a Doutrina e Jurisprudência atuais deixam bem claro que não pode vigorar em nosso ordenamento jurídico uma responsabilidade tributária objetiva absoluta, aplicável em qualquer hipótese, mas sim, uma responsabilidade tributária temperada que, em casos como o dos autos, leve em considerações as circunstâncias pessoais e do próprio fato.

Diz que sendo assim, com apoio nas lições acima destacadas, pode-se afirmar que a imposição da multa na ordem de 60% não pode permanecer, devendo ser afastada, na esteira do entendimento do STJ, sua responsabilidade tributária, tendo em vista a boa-fé que orientou o seu proceder no presente caso, bem como a ausência de indicação pelo autuante, de qualquer dano ao erário.

Finaliza requerendo a nulidade absoluta do Auto de Infração ou, no mérito, a improcedência parcial quanto às infrações 01, 06 e 08. Requer, ainda, a produção de todas as espécies de prova em Direito admitidas.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 404 a 409) consignando que o autuado reconheceu como devidas parcialmente as infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07 e 08, tendo inclusive informado que promoverá o parcelamento dos valores referentes ao débito reconhecido.

Consigna que, entretanto, o autuado argui a nulidade dos itens acima, fazendo considerações infundadas quanto as fundamentação das exigências. Afirma que foram entregues ao contribuinte, conforme recibo de entrega devidamente assinados pelo preposto da empresa nos próprios demonstrativos anexados ao auto, com a indicação dos elementos necessários à compreensão dos cálculos e do imposto apurado e as descrições dos fatos.

Diz que em relação às infrações propriamente, a defesa apresenta diversas argumentações que passa a analisar, na sequência apresentada na defesa.

Observa que a infração 08, diz respeito ao recolhimento a menos de “ICMS Normal”, por erro na aplicação da alíquota nas operações de saída, principalmente nas operações com ECF, motivada por erro na tributação de diversos produtos; redução indevida de base de cálculo; produto tributado classificado como isento; dentre outras.

Assevera que todas essas irregularidades estão devidamente demonstradas, anexadas aos autos e entregues ao contribuinte, estando assinado pelo preposto da empresa nos próprios demonstrativos, que integram o presente Auto de Infração.

Esclarece que todas as operações foram confrontadas entre os “Livros e Documentos Fiscais” e os Arquivos SINTEGRA, enviados a SEFAZ pelo contribuinte.

Observa que a infração foi apurada nas operações de vendas realizadas, principalmente nos equipamentos de ECF, portanto, não há o que se questionar quem foi o remetente, por se tratar de operações de saída.

Salienta que os dados foram extraídos dos referidos Arquivos “54” SINTEGRA, que consolidam mensalmente todas as operações de venda por equipamento ECF, discriminando as quantidades, valores totais das vendas mensais, alíquota e o imposto devido de cada produto cadastrado no referido equipamento, portanto não havendo que se falar, que o Auto de Infração não deixa claro como foram extraídos os referidos dados. Acrescenta que, inclusive, houve o cotejo das alíquotas aplicadas em diversos produtos, com diversos cupons fiscais.

Quanto às mercadorias arroladas no levantamento que foram objeto de questionamento por parte do impugnante, apresenta as seguintes considerações:

- o bacalhau foi considerado tanto o filé, inteiro e/ou salgado, nas operações de saída no ECF, como tributação normal, tendo em vista que não houve entrada de “filé de bacalhau” e sim de bacalhau, conforme NFs. 190219 de 25/2, 191489 de 29/02 e a 206129 de 13/6 todas do ano de 2008.

Diz que desse modo, o contribuinte utilizou de forma indevida um código de saída divergente dos da operação de entrada, inclusive no arquivo SINTEGRA. Acrescenta que só existem entradas com o código de operação “97” tendo na descriminação do produto apenas “BACALHAU”, não existindo o código de entrada 370 “Filé de Bacalhau”. Consigna que diante dessa constatação aplicou a alíquota de 17%, não tendo ficado caracterizado tratar-se de produto com base de cálculo reduzida;

- o “queijo cozido artesanal”, é um produto tributado, sendo prevista a redução de base de cálculo, de forma que a sua carga tributária corresponda ao percentual efetivo de 12%, desde que as operações sejam realizadas por fabricantes desse Estado, sendo utilizada tal alíquota na presente infração;

- “salgados”, não se tratam de salgados industrializados, conforme prevê o art. 353, item 29, da Lei 7.667/00, trata-se de outros salgados (coxinha de galinha, quibes, rissóis entre outros) que são produzidos pela empresa e vendidos em quilos ao consumidor, inclusive indicando na descriminação do produto apenas como “SALGADOS”, portanto tributados a alíquota de 17%. Observa que os salgados que estão sob o regime de “Antecipação Tributária”, são vendidos em embalagens específicas e são cadastrados pelo contribuinte normalmente com o nome do fabricante e o seu sabor (milho, queijo, churrasco e etc);

- “Pizza Superpão Sabores”, apesar de ser produto à base de farinha de trigo, o referido produto não se trata de “não cozida”, inclusive utiliza outros ingredientes, ou seja, são recheados com outros produtos, a exemplo de presunto, queijo, calabresa, atum, dentre outros, portanto, fora da incidência do regime de Substituição Tributária, conforme prevê o art. 353, II, 11.4.1, do RICMS/BA/97;

- “farofa”, foi considerada como tributação normal, a alíquota de 17%, por se tratar de um produto, que agrupa outros produtos, a ex. de manteiga, óleo, condimentos, sendo este produto de fabricação própria, portanto produto que sofreu processo de industrialização;

- “MATA BICHEIRA FORT DODGE 500ML e LARVICIDA LEPECID SPRAY”, conforme prevê a legislação, as vendas desses produtos fora de estabelecimentos agropecuários terão destinação diversas, tendo em vista o autuado exercer a atividade de supermercado. Frisa que por essa atividade estes produtos podem ser usados por pessoas que não exercem a atividade estabelecida na legislação, sendo utilizado normalmente em residências, para aplicação em animais domésticos dentre outras. Afirma que não se tratando assim de um insumo agropecuário, portanto vedada a aplicação do benefício previsto no art. 20, do RICMS, sendo procedido o que estabelece o § 2º deste mesmo artigo.

Assinala que, relativamente aos produtos elencados na defesa como sujeitos ao regime de substituição tributária, nos termos do Anexo I do RICMS, tem a observar o seguinte:

- Iogurtes, o contribuinte caracterizou de forma genérica, diversos produtos à base de leite, que são tributados normalmente a alíquota de 17%, utilizando-se da expressão “IOG” antes da descrição do produto, conforme pode ser verificado na descrição dos diversos produtos objeto da autuação, inclusive foi anexada à referida infração cópias de diversas notas fiscais, que comprovam a tributação do produto, inclusive utilizando-se dos créditos destacados nas notas fiscais de aquisições desses produtos;

- Biscoito, como no item acima, a empresa utilizou da expressão “BISC”, pra descrever produtos a base de polvilho e outras gomas, NCM 1903.00.00, não sendo produtos a base de farinha de trigo. Portanto esses produtos estão fora da ST, sendo tributada a alíquota de 17%;

- Pastelão massa leve, massa para pizza sem recheio e pizza Nona Brotinho 10 unid. 350g, esses produtos são tributado normalmente à alíquota de 17%, por trata-se de produto industrializado, tendo sido destacado pelo fornecedor o ICMS normal, sem a retenção da ST dos referidos produtos, e fora utilizado pelo contribuinte o citado crédito na sua escrita fiscal, conforme notas fiscais acostadas a presente infração.

Quanto ao produto “CANJIQUINHA DE MILHO”, diz que realmente houve um equívoco, pois o produto é beneficiado com redução da base de cálculo do ICMS, com tributação a alíquota de 7%, sendo procedido o ajuste, conforme demonstrativo que apresenta, passando esta infração do valor total de R\$39.109,42 para o valor total de R\$39.094,57, ou seja, apenas uma redução de R\$ 14,85.

Quanto à infração 06, diz que relativamente ao “Milho Comum”, houve um equívoco da fiscalização, reconhecendo esse item como tributado à alíquota de 7%, foi procedido os ajustes necessários mensalmente, dessa infração conforme Demonstrativo que apresenta, passando esta infração do total de R\$1.914,84 para o valor total de R\$ 1.546,14, uma redução de R\$ 368,70.

Quanto a Infração 01, diz que o autuado reconheceu.

Salienta que o Auto de Infração foi lavrado através da imputação das infrações, devidamente descritas, como correta indicação dos dispositivos infringidos, apurando-se de forma clara o descumprimento de obrigação principal ao ICMS.

Sustenta que não cabem as arguições de nulidades, pois foram acostados ao Auto de Infração todos os demonstrativos detalhados, com a indicação dos elementos necessários à compreensão dos cálculos e do imposto apurado, a descrição dos fatos e o enquadramento da infração, além da multa aplicada, de acordo com a legislação.

Finaliza registrando que reconheceu a procedência, em parte, da defesa quanto às infrações 08 e 06, passando os seus valores para R\$39.094,57 e R\$1.546,14, respectivamente, conforme demonstrativos constantes da informação fiscal, e mantém na integralidade as demais infrações, passando o total do Débito para R\$59.185,75.

Cientificado sobre a Informação Fiscal o autuado se manifestou (fls. 462 a 467) dizendo que interpôs impugnação, objetivando reavaliação do Auto de Infração, logrando êxitos pontuais e que utilizando de seu direito constitucional busca socorro a esta Junta de Julgamento Fiscal, contestando a Informação Fiscal.

Quanto ao produto Bacalhau, diz que em resposta à impugnação, o autuante apesar de constar das notas fiscais anexas “Filé de Bacalhau”, apontou mero erro de lançamento de código de entrada pela empresa, mantendo a multa em sua integralidade.

Argumenta que se observa, de forma clara, que não houve má-fé quando do lançamento do produto no SINTEGRA, que para tanto confessa em sua impugnação, aponta suas notas fiscais, sendo inclusive verificado pelo Auditor Fiscal. Entende que não houve qualquer tentativa de burlar a legislação tributária, tratando apenas de um mero erro contábil.

Diz que diante da total inexistência do elemento constitutivo da punição pecuniária, “má-fé”, deverá esta Junta Julgadora excluir a incidência da multa, pelo simples fato de que incorreu em erro no momento do lançamento do código da operação do produto.

Reitera os seus argumentos quanto aos produtos “Queijo Cozido Artesanal”, dizendo que a própria nomenclatura sugere, tratar-se de produto feito de forma artesanal, estando excluído pela tributação do ICMS. Quanto ao produto “salgados” afirma que o autuante se equivoca em sua interpretação, uma vez que, como traz as notas fiscais já anexadas, os salgados são adquiridos da empresa “GIOVANNA”, não sendo produzidos pela empresa, estando submetido à substituição tributária. Com relação ao produto “PIZZA Superpão” diz que se trata de produto fabricado dentro do seu estabelecimento, embalado apenas a massa e mantido em prateleira resfriada, não sendo atribuído qualquer ingrediente, de igual forma não é comercializado na modalidade “assada”, logo, encontra-se plenamente enquadrado no disposto no art. 353, II, 11.4.1 do RICMS/BA.

No respeitante ao produto “Farofa” diz que é comercializado sem processo de industrialização, sem acréscimo de condimentos ou produtos. Quanto ao produto “Mata Bicheira” salienta que o fato de ser comercializado por supermercado, não implica dizer que fora destinado a utilização diversa. Assevera que o produto está acobertado pela não incidência do imposto.

Conclui requerendo a improcedência parcial do Auto de Infração com a desconstituição parcial das infrações 01, 06 e 08. Requer, ainda, a produção de todas as espécies de provas em Direito admitidas.

Constam às fls. 472 a 475, extrato do SIGAT referente ao pagamento do valor do débito reconhecido.

VOTO

Inicialmente, observo que o lançamento de ofício em exame foi realizado em conformidade com a legislação do ICMS, especialmente, o RICMS/BA/97 sob o aspecto material e em conformidade com o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.627/99 sob o aspecto formal. Inexiste o alegado cerceamento do direito de defesa e do contraditório, assim como inobservância do princípio da legalidade. O Auto de Infração descreve com clareza as infrações imputadas ao contribuinte, sendo possível identificar a infração, o infrator, o montante da base de cálculo, a multa aplicada, e os dispositivos infringidos.

Portanto, inexiste qualquer vício ou falha capaz de inquinar de nulidade o Auto de Infração, inocorrendo, desse modo, quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

No mérito, apesar de na defesa inicial o autuado haver consignado que reconhecia parcialmente as infrações 01 a 08, requereu a improcedência parcial do Auto de Infração com a desconstituição parcial das infrações 01, 06 e 08. Ou seja, não apresentou qualquer impugnação quanto às infrações 02, 03, 04, 05 e 07. Assim sendo, o exame da presente autuação será feita exclusivamente quanto às infrações 01, 06 e 08.

A infração 01, de fato, não foi impugnada objetivamente. Pelo que se pode inferir o contribuinte alega a inexistência de má-fé e pede o “afastamento” da multa. Certo é que a infração restou comprovada, os elementos acostados aos autos permitem tal assertiva. Também é certo que a dispensa ou redução da multa por descumprimento de obrigação principal – caso deste item da autuação – é da Câmara Superior deste CONSEF, falecendo competência a esta Junta de Julgamento Fiscal para tanto.

Dessa forma, este item da autuação é subsistente.

No que tange à infração 06, verifico que na informação fiscal o autuante acatou corretamente a alegação defensiva atinente à mercadoria “Milho Comum”, haja vista que é tributado com aplicação da alíquota de 7%, o que reduziu o valor do ICMS exigido nesta infração para R\$1.546, 14, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante. Infração parcialmente subsistente.

No respeitante à infração 08, constato que o autuante acatou corretamente a argumentação defensiva atinente à mercadoria “Canjiquinha de Milho”, haja vista que se trata de mercadoria cuja tributação se dá com redução da base de cálculo, com aplicação da alíquota de 7%, excluindo o valor referente a esta mercadoria no valor de R\$14,85, o que reduziu o valor do ICMS originalmente exigido de R\$39.109, 42 para R\$39.094,57.

Quanto às demais mercadorias “filé de bacalhau”, “queijo cozido artesanal”, “salgados”, “Pizza Superpão Sabores”, “farofa”, considero que assiste razão ao autuante quanto à forma de tributação normal, isto é, com aplicação da alíquota de 17%.

No tocante à mercadoria “MATA BICHEIRA FORT DODGE 500ML e LARVICIDA LEPECID SPRAY”, coaduno com o entendimento do autuante, haja vista que a isenção diz respeito às vendas dessas mercadorias com destinação a uso agropecuários, situação que não ocorre no caso do autuado, tendo em vista que exerce a atividade de supermercado, portanto, utilizados em residências, para aplicação em animais domésticos dentre outras.

Relativamente às mercadorias elencadas pelo autuado como sujeitas ao regime de substituição tributária, nos termos do art. 353, II, do RICMS/B A/97, Anexo I, também constato que assiste razão ao autuante quanto às seguintes mercadorias:

- iogurtes, de fato, as cópias das notas fiscais acostadas aos autos pelo autuante, permite verificar que o próprio contribuinte, caracterizou de forma genérica, diversos produtos à base de leite, que são tributados normalmente a alíquota de 17%, utilizando a expressão “IOG” antes da descrição do produto, inclusive com tributação normal. Vale aqui o registro do autuante de que o autuado, além disso, utilizou os créditos fiscais destacados nas notas fiscais de aquisições dessas mercadorias;

- biscoito, o próprio contribuinte consignou a expressão “BISC”, pra descrever mercadorias a base de polvilho e outras gomas, NCM 1903.00.00, portanto, não sendo mercadoria a base de farinha de trigo, portanto, fora do regime de substituição tributária, sendo tributada normalmente a alíquota de 17%;

- “pastelão massa leve”, “massa para pizza sem recheio” e “pizza Nona Brotinho 10 unid. 350g”, mercadorias tributadas normalmente à alíquota de 17%, por se tratar de produto industrializado, tendo sido destacado pelo fornecedor o ICMS normal, sem a retenção do ICMS- ST, tendo sido utilizado pelo contribuinte o respectivo crédito na sua escrita fiscal, conforme notas fiscais acostadas aos autos.

Diante do exposto, as infrações 01,02,03,04,05 e 07 são subsistentes e as infrações 06 e 08 parcialmente subsistentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232903.0112/12-3, lavrado contra **VIEIRA & MALTA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$59.185,74**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42 inciso II, alíneas “a”, “b”, “d”, “f”, e inciso VII, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR